Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle des § 1189 BGB.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ruthardt Schuhmann
aus Kassel
Gerichtsassessor in Berlin.

ACAD. IURISPRUD. BIBL.

Approbiert am 11. Mai 1909.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

38

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Dem Andenken meiner Mutter gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Einleitung.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung des Treuhandgedankens 1
§ 2. Die Treuhänder des geltenden deutschen Rechts 3
§ 3. Zweck des Treuhänderinstituts des § 1189 BGB. 4

Die rechtliche Natur des nach § 1189 BGB. bestellten Treuhänders.

§ 4. Die Ansichten der 2. Kommission und der Literatur 7
§ 5. Die Schultzesche Treuhändertheorie 11
§ 6. Der Begriff der Stellvertretung. Schloßmanns Angriffe gegen die herrschende Lehre 14
§ 7. Die gesetzliche Stellvertretung 17
§ 8. Die Vertreterstellung des nach § 1189 BGB. bestellten Treuhänders. Besonderheiten seiner Berufung und seiner Vertretungsmacht 20

Zweiter Teil.

Die Bestellung des Treuhänders.

§ 9. Voraussetzungen der Bestellung 25
§ 10. Arten der Bestellung 26
§ 11. Formalien der Eintragung 29
§ 12. Übernahme der Treuhänderschaft 30

Die Tätigkeit des Treuhänders.

§ 13. Beginn derselben 31
§ 14. Die Befugnisse des Treuhänders bei Verfügungen über die Hypothek 32
§ 15. Die Geltendmachung der Hypothek durch den Treuhänder 35
§ 16. Die Rechtsstellung des Treuhänders im Prozesse 36
§ 17. Die Beendigung der Treuhänderschaft 38
§ 18. Die Haftung des Treuhänders 39

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung. Teil 1. Berlin 1901.

Beyerle, Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz. Bd. 1: Das Salmannenrecht. Heidelberg 1900.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. Berlin 1900.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Bd. 1—3. Leipzig 1901—1905.

Binder, Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. In der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 46 S. 347 ff.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Böckel, Die Sicherungshypothek. Diss. Jena 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. Berlin 1905.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7. Aufl. München 1906.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1902.

Gunz, Die rechtliche Natur des Treuhänders im Hypothekenbankgesetz. Berlin 1903.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht. Mannheim 1895.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. Mannheim 1900.

Heilbrunn, Die Entwicklung des Treuhandgedankens im neueren deutschen Recht. In Holdheims Monatsschrift Jahrg. 15.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Holdheim, Mortgage und Mortgagebonds. In Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs. Jena 1901

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3./4. Aufl. Berlin 1907.

Isay, Patentgesetz. Berlin 1903.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Klumpp, Kommentar zum Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899. Tübingen 1900.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Meisner, Das Sachenrecht. Breslau 1901.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Amtliche Ausgabe.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 12.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der unmittelbaren Stellvertretung. Berlin 1905.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 2. 4. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann, Kommentar zum allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1908.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3. 3. Aufl. Berlin 1903 u. 1906.
Predari, Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Ausgabe von Achilles, Gebhard und Spahn Bd. 3.
Riezler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 98.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung. Leipzig 1900—1902.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jena 1901.
Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. Breslau 1895.
Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 3./4. Aufl. München 1907.
Stobbe, Über die Salmannen. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. Bd. 1. 3. Aufl. Paderborn 1906.
van Biema, Der stellvertretende Abschluß obligatorischer Verträge. Diss. Hannover 1906.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht und die Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.

Erster Teil.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung des Treuhandgedankens.

In Fällen, in denen es sich um die Wahrnehmung schutzbedürftiger Interessen von Personen handelt, denen selbst diese Wahrnehmung erschwert oder unmöglich gemacht ist, besteht das Bedürfnis, einen Vertrauensmann einzusetzen, der für diese Personen handelt.

Diesen Erfordernissen entsprechend hat das alte deutsche Recht das Institut der Treuhänderschaft ausgebildet, das in mannigfacher Gestaltung in der Rechtsgeschichte der germanischen Völker hervortritt. Der Treuhänder konnte die Stellung eines Testamentsvollstreckers, wie im langobardischen Recht, eines Vermittlers bei der Veräußerung von Immobilien (Salmann), wie im fränkischen Recht, ferner die Stellung eines Vormundes, eines Lehnsträgers, eines Depositars haben.[1]

Stets beruhte das dem Treuhänder verliehene Recht auf der ihm zugewiesenen Vertrauensstellung; man vertraute seiner Treue, daß er niemals im eigenen Interesse handeln, sondern nur den Vorteil dessen, für den er auftrat, des Treugebers, im Auge haben werde.

Seine Rechtsmacht konnte der Treuhänder durch Rechtsgeschäft, durch obrigkeitlichen Akt oder unmittelbar durch Gesetz empfangen haben, wesentlich war immer, daß er sie empfangen

[1] Oberneck S. 424 Nr. 6a.

hatte mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen: „Die Treuhand bleibt auf die Treue gestellt".[1]

Der Umfang der Rechtsmacht des Treuhänders war bei den einzelnen Anwendungsfällen der Treuhand verschieden. So erscheint z. B. der Salmann des fränkischen Rechts, der die Übergabe eines Gutes vom Eigentümer an einen andern zu vermitteln hatte, als bloßer Stellvertreter des Eigentümers, wenn es sich um die Eigentumsübertragung unter Lebenden handelte, er war jedoch, wenn er die Aufgabe hatte, das Gut erst nach dem Tode des Eigentümers dem Erwerber zu übergeben, für die Zeit vom Tode des Eigentümers bis zur Übergabe selbst der Eigentümer.[2] In den Fällen, in welchen dem Treuhänder die Rechte seines Treugebers als Eigenrechte Dritten gegenüber zustanden, zeigt das Institut der Treuhänderschaft im wesentlichen Übereinstimmung mit der römischen fiducia. Auch dem Fiduziar wird im Interesse eines anderen eine Stellung geschaffen, die ihm die Befugnisse des anderen allen Dritten gegenüber verleiht, aber mit der obligatorischen Verpflichtung, dieselben auf Verlangen wieder an den anderen zu übertragen.[3]

Der alte germanische Treuhandgedanke hat sich bis auf die heutige Zeit in England erhalten. Im heutigen englischen Recht wird unter Treuhänder (trustee) eine Person verstanden, welcher ein Vermögen zur freien Verwaltung und Verfügung zum Besten einer anderen Person übertragen ist, der die Erträgnisse der Masse gebühren.[4] Das dergestalt dem Treuhänder übertragene Vermögen wird trust genannt; Gegenstand des trust kann alles Vermögen sein, das Früchte trägt.[5] An diesem trust steht dem Treuhänder das Eigentum zu, aber mit der Beschränkung, daß es dem Zugriff seiner persönlichen Gläubiger entzogen ist und nur bei gutgläubigem, entgeltlichem Erwerb durch Dritte seinen Charakter als Trustvermögen verliert.

---

[1] Schultze S. 104.
[2] vgl. Stobbe a. a. O. S. 407 ff.; Heusler S. 215 ff.
[3] Isay, Patentgesetz S. 114.
[4] Oberneck S. 425.
[5] Holdheim a. a. O. S. 90.

Das Treuhänderinstitut des englischen Rechts hat sich zur Bindung von Zweckvermögen für die verschiedenartigsten wirtschaftlichen Zwecke geeignet erwiesen, weil es eine weitgehende Sicherung dieses Vermögens mit einer ausgiebigen Aktionsfähigkeit seines Verwalters, des Treuhänders, verbindet; es wird deshalb zur Sicherung von Erbgut und Heiratsgut sowie des Vermögens von Stiftungen, Sammlungen und Vereinen verwendet.

Aus dem englischen Recht ist das Institut der trusts in das Recht der meisten Staaten der Nordamerikanischen Union übernommen worden, wo es vornehmlich auf dem Gebiete des Handels- und Gesellschaftsrechts Anwendung gefunden hat und der Vereinigung großkapitalistischer Unternehmerverbände zwecks Ausschaltung des Wettbewerbs dient.[1] Der Treuhänder, in der Regel eine Mehrzahl von Personen oder selbst eine Gesellschaft, die trust company, tritt dabei nach außen, Dritten gegenüber, als der zur zur selbständigen Verfügung über die Vermögenswerte des Verbandes berechtigte Eigentümer auf, während er nach der Innenseite des Rechtsverhältnisses lediglich der rechnungspflichtige Vertreter des eigentlich Berechtigten ist.[2]

§ 2.

Die Treuhänder des geltenden deutschen Rechts.

Das stete Wachbleiben des germanischen Treuhandgedankens im englischen Recht hat es mit sich gebracht, daß überall da, wo es sich um die Verwaltung fremden Vermögens zugunsten einer anderen Person handelte, dieses Treuhandverhältnis in irgendeiner, dem jeweiligen Zweck angepaßten Gestalt, Anwendung finden konnte. Deshalb konnten Einrichtungen des Rechtslebens, wie Vormund, Pfleger, Konkursverwalter, Vereinsvorstand, unter den allgemeinen Begriff des Treuhänders gebracht werden, und es erübrigte sich, hierfür gesonderte Rechtsbegriffe zu schaffen.[3]

---

[1] Holdheim a. a. O. S. 90.
[2] Holdheim a. a. O. S. 350.
[3] Heilbrunn S. 91.

Eine andere Entwicklung hatte aber das deutsche Recht genommen. In ihm war der Treuhandgedanke mehr und mehr in den Hintergrund getreten, und es hatte, auf der Grundlage des römischen Rechts aufbauend, für jeden Sondertatbestand, wie Vormund, Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Vereinsvorstand, ein auf ihn zugeschnittenes Organ geschaffen,[1] vor allem aber hatte sich in ihm die dem alten deutschen Rechte fremde Lehre von der Stellvertretung ausgebildet, welche die verschiedenartigsten Tatbestände zu umfassen imstande ist und als deren Niederschlag im Bürgerlichen Gesetzbuch insbesondere die §§ 164—181 anzusehen sind.

Gleichwohl ist aber auch in der deutschen Rechtsgeschichte der Treuhandgedanke nicht völlig erstorben; er hat vielmehr, nachdem er jahrhundertelang dem deutschen Rechtsleben entschwunden schien, in der neuesten Gesetzgebung wieder Beachtung gefunden. So werden die Vertreter des § 1189 BGB. und der nach Maßgabe der §§ 1, 14, 15 des Reichsgesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899 bestellte Gläubigervertreter bei den Beratungen dieser Materien als Treuhänder bezeichnet, und wir begegnen dem Ausdruck „Treuhänder" sogar einmal in der Sprache des Gesetzes selbst, und zwar im Reichshypothekenbankgesetz v. 13. 7. 1899. Der Treuhänder dieses Gesetzes, dessen Bestellung obligatorisch ist und durch die Aufsichtsbehörde erfolgt, hat darüber zu wachen, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenbriefe jederzeit vorhanden ist; er hat deshalb u. a. das Recht auf Einsichtnahme der Bücher der Bank und auf Auskunftserteilung seitens derselben.[2] Er übt also seine Rechte auf Grund seiner Bestellung durch obrigkeitlichen Akt im Interesse der Pfandgläubiger aus.

§ 3.

Zweck des Treuhänderinstituts des § 1189 BGB.

Der Inhalt der Vorschrift des § 1189 BGB. ist folgender: „Es kann für den jeweiligen Gläubiger einer Sicherungshypothek,

[1] Heilbrunn S. 91.

[2] Schultze S. 101; Heilbrunn S. 93.

die für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen indossablen Papier gemäß § 1187 BGB. eingetragen wird, ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Die Vornahme einer Verfügung, zu welcher der Vertreter befugt ist, kann der Eigentümer statt von dem Gläubiger vom Vertreter verlangen".

Mit der Vorschrift des § 1187, durch welche die Bestellung einer Sicherungshypothek für Forderungen aus den oben genannten Papieren zugelassen ist, hat das Bürgerliche Gesetzbuch, dem Vorbilde einiger Landesgesetzgebungen folgend, einem immer mehr hervortretenden Bedürfnisse des Verkehrs Rechnung getragen, dem Bedürfnisse nämlich, bei Anleihen von Instituten wie Hypothekenbanken, Pfandbriefanstalten sowie von einzelnen Großindustriellen und Großgrundbesitzern den Inhabern der ausgegebenen Obligationen hypothekarische Sicherheit zu verschaffen, ohne die Zirkulationsfähigkeit der Papiere zu hemmen oder aufzuheben. Die gesetzliche Möglichkeit einer dinglichen Sicherung von börsenmäßig gehandelten Papieren ist durch diese Vorschrift gegeben.[1]

Wird nun demgemäß eine größere Anleihe mittels Ausgabe von Teilschuldverschreibungen aufgenommen, so steht dem Eigentümer als Schuldner eine größere Zahl von Gläubigern gegenüber, deren Personen jeden Augenblick wechseln können. Will er also irgendeine Verfügung über die Hypothek vornehmen lassen, z. B. die Befreiung eines Trennstückes des verpfändeten Grundstücks von der Haftung, so müßte er sich an jeden einzelnen der Gläubiger wenden, um dessen Einwilligung dem Einigungsprinzip des § 873 BGB. gemäß zu erhalten.[2] Dies wird dem Eigentümer meist völlig unmöglich sein, weil er die Persönlichkeiten der einzelnen Gläubiger, deren Namen im Grundbuche nicht eingetragen sind, nicht feststellen kann. Dieselben Schwierigkeiten

[1] Hachenburg, Beitr. S. 150.
[2] vgl. Denkschr. S. 154.

aber liegen auch auf seiten der Gläubiger vor, wenn sie Verfügungen über die ihnen zustehende Hypothek treffen wollen, da sie sich untereinander in den seltensten Fällen kennen werden und sich daher über Wahrnehmungen ihrer Interessen nicht ins Einvernehmen setzen können.[1]

Um die Möglichkeit zu bieten, diese Schwierigkeiten und Nachteile für Gläubiger und Eigentümer zu beseitigen, hat das Gesetz im § 1189 BGB. die Bestellung eines Vertreters für den jeweiligen Gläubiger vorgesehen; durch diese Bestellung wird bei Teilschuldverschreibungen ein Konnex hergestellt zwischen dem Eigentümer und der ständig wechselnden Vielheit der Gläubiger.

Das Gesetz hat sich aber damit begnügt, die Bestellung eines Vertreters lediglich zuzulassen. Ein bei der Beratung der Materie in der 2. Kommission gestellter Antrag, die Bestellung des Vertreters durch Aufnahme einer entsprechenden formellen Vorschrift in die Grundbuchordnung obligatorisch zu machen, wurde abgelehnt mit der Begründung, es liege kein gesetzliches Bedürfnis vor, die Bestellung eines Vertreters in allen Fällen, in denen Inhaberhypotheken ausgegeben werden sollen, zu erzwingen. Wo die Bestellung eines solchen angebracht erscheine, würden die Beteiligten sie im eigenen Interesse veranlassen. Bedeutendere Anleihen würden wohl nicht ausgegeben werden, ohne daß insbesondere der Eigentümer auf die Bestellung eines Treuhänders dringe; habe er dies versäumt, so sei es nicht unbillig, daß er den etwa entstehenden Schaden zu tragen habe.[2]

Ein staatlicher Zwang zur Bestellung eines Treuhänders kann überdies bei der Inhaberhypothek dadurch ausgeübt werden, daß die Zentralbehörde des Bundesstaats, in welchem der Aussteller der Schuldverschreibungen auf den Inhaber seinen Wohnsitz hat, die Erteilung der staatlichen Genehmigung zum Inverkehrbringen der Papiere versagt, bis ihr die Bestellung eines Treuhänders nachgewiesen wird.[3]

---

[1] Oberneck S. 425.
[2] Prot. S. 676, 674.
[3] Fuchs S. 623; Oberneck S. 428 b.

Die rechtliche Natur des nach § 1189 BGB. bestellten Treuhänders.

§ 4.

Die Ansichten der 2. Kommission und der Literatur.

Über die juristische Natur des Vertreters des § 1189 BGB., den die Protokolle als Treuhänder bezeichnen, gibt das Gesetz keinerlei Aufschluß.

Bei der Beratung der Vorschriften des § 1189 in der 2. Kommission war man darüber einig, „daß die Einrichtung des Treuhänders, welcher eine große, in der Zukunft vielleicht noch sich steigernde Bedeutung beiwohne, ausdrücklich vom Gesetzgeber für zulässig zu erklären sei",[1] es herrschte jedoch Streit über die juristische Konstruktion der Stellung des Treuhänders. Nach der einen dort vertretenen Ansicht sollte der Treuhänder ein Beauftragter des Eigentümers sein, der aber gleichzeitig als Vertreter der Inhaber der einzelnen Schuldverschreibungen fungiere. Eine andere Ansicht ging dahin, der Treuhänder habe in erster Linie als Vertreter der Inhaber der Schuldverschreibungen zu gelten, er solle indes zu gleicher Zeit auch dem Eigentümer gegenüber verpflichtet sein. Von dritter Seite wurde geltend gemacht, die Gesamtheit der Gläubiger stehe in einer Rechtsgemeinschaft, deren Vorstand der Treuhänder sei; der Gesichtspunkt des Auftrags genüge jedenfalls nicht.[2]

Diesen widerstreitenden Ansichten gegenüber war die Mehrheit in der Kommission der Meinung, daß es sich erübrige, zu einer dieser Ansichten im Gesetze Stellung zu nehmen; die Fragen nach der juristischen Natur des Treuhänders brauchten im Gesetze nicht entschieden zu werden, sondern man könne dies der Wissenschaft und Praxis überlassen. Es genüge, die Einrichtung des Treuhänders im Gesetze zuzulassen. Für zweckmäßig hielt man

[1] Prot. S. 675.
[2] Prot. S. 675.

es nur, ausdrücklich auszusprechen, daß der Treuhänder dem Eigentümer gegenüber verpflichtet sein solle, diejenigen Verfügungen vorzunehmen, deren Vornahme der Eigentümer vom Gläubiger verlangen könne.[1] Dieser Erwägung verdankt der Abs. 2 des § 1189 BGB. seine Entstehung.

Die in der Beratung vertretenen Ansichten vermögen in der Tat auch nicht die Fragen nach der rechtlichen Natur des Treuhänders des § 1189 BGB. zu lösen.

Die erste Ansicht, die ein Auftragsverhältnis zwischen Eigentümer und Treuhänder konstruiert, findet aus verschiedenen Gründen keinen Anhalt im Gesetze. Läge der Bestellung des Treuhänders ein Auftrag seitens des Eigentümers zugrunde, so müßte die Bestellung auch vom Eigentümer allein jederzeit widerrufen werden können (§ 671 BGB.). Dies ist jedoch nicht mehr möglich, sobald die Hypothek bestellt ist und die zu sichernden Schuldverschreibungen in Umlauf gesetzt sind. Weiter ist es für den Auftrag begriffswesentlich, daß er unentgeltlich ausgeführt wird; dies trifft aber für die Tätigkeit des Treuhänders mangels einer gesetzlichen Bestimmung hierüber nicht zu, es wird in der Praxis die Ausnahme sein. Schließlich wird die Annahme eines Auftrags seitens des Eigentümers durch den Umstand ausgeschlossen, daß der Treuhänder in einzelnen Fällen gerade gegen den Eigentümer aufzutreten hat.

Auch die Ansicht, die im Treuhänder den Vorstand einer Rechtsgemeinschaft der Gläubiger sieht, ist unzutreffend. Die Gläubiger bilden keine Gemeinschaft, die, um handelnd auftreten zu können, eines Organs bedürfte — wäre dies der Fall, so dürfte außerdem die Bestellung dieses Organs nicht fakultativ sein, wie es die Bestellung des Treuhänders ist —, sondern jeder Gläubiger kann über seinen Teil der real geteilten Hypothek auch neben dem Treuhänder verfügen. Schließlich kann ein Treuhänder nach dem Gesetz auch bestellt werden, wenn es sich um die gar nicht in Teilhypotheken zerlegte Hypothek eines einzigen Gläubigers handelt.[2]

---

[1] Prot. S. 676, 677.

[2] Fuchs S. 612.

Die dritte in der Kommission vertretene Meinung schließlich, nach welcher der Treuhänder in erster Linie als Vertreter der Inhaber der Schuldverschreibungen zu gelten hat, zugleich aber auch dem Eigentümer gegenüber verpflichtet sein soll, gibt im wesentlichen nur das wieder, was der Gesetzestext schon sagt, ohne daß der Versuch einer rechtlichen Konstruktion damit gemacht wäre.

Da also auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nichts zu entnehmen ist, was zur Entscheidung der vom Gesetz offen gelassenen Fragen nach der rechtlichen Struktur des durch § 1189 BGB. ins Leben gerufenen Treuhänderinstituts beitragen könnte, so haben sich naturgemäß in der Literatur die verschiedensten Ansichten gebildet, und es hat nicht an Versuchen gefehlt, insbesondere durch Heranziehung von Analogien die Rechtsnatur des Vertreters des § 1189 zu bestimmen.

So ist nach Hachenburg[1] durch die Vorschrift des § 1189 einer der Fälle gegeben, in denen durch Rechtsakt oder Gesetz die Ausübung eines Rechts im Interesse der Beteiligten einer dritten Person, dem Treuhänder, zusteht. Der Treuhänder ist hiernach Vertrauensmann, aber er ist selbständig; er steht weder zum Eigentümer noch zu den Gläubigern in einem direkten Auftragsverhältnis, sondern ist Vertreter der Beteiligten aus eigenem Rechte. Dieser Ansicht schließen sich Staudinger[2] und im wesentlichen auch Planck[3] an; doch verneint Planck, daß der Treuhänder seine Befugnisse zu eigenem Recht habe, und betont, daß derselbe nach außen hin nicht als Gläubiger, sondern nur als Vertreter auftrete; da er aber vom Willen des einzelnen unabhängig sei, habe seine Stellung Ähnlichkeit mit der des Testamentsvollstreckers. Einen wesentlich anderen Standpunkt nimmt Fuchs[4] ein, er nennt den Treuhänder einen Bevollmächtigten des Gläubigers; von einer gesetzlichen Vertretung könne um deswillen nicht gesprochen werden, weil die Bestellung des Treuhänders weder durch das Gesetz erfolge noch der Umfang seiner Befugnisse durch das

---

[1] Beitr. S. 154 ff., Vorträge S. 607.
[2] S. 792.
[3] S. 707.
[4] S. 612.

Gesetz festgelegt sei. Im Gegensatz hierzu bezeichnet Riezler[1] den Treuhänder als Vertreter kraft Gesetzes, ein Begriff, der nach seiner Ansicht nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß das Vertretungsverhältnis ein fakultatives ist. Jacobi[2] sieht in dem Treuhänder einen Vertreter der Gläubiger, aber mit der Besonderheit, daß derselbe auch gegen den Willen des Vertretenen diese Vertretung ausüben könne. Auch nach Turnau-Förster[3] ist der Treuhänder, obwohl seine Bestellung auch im Interesse des Eigentümers erfolgt, lediglich Vertreter der jeweiligen Hypothekengläubiger, aber ein Vertreter aus eigenem Recht, ähnlich wie der Testamentsvollstrecker. In Übereinstimmung hiermit bezeichnet Böhm[4] den Treuhänder als einen Vertreter, dessen Vertretungsbefugnis aber, wie beim Vormund oder beim Testamentsvollstrecker, nicht auf einem obligationenrechtlichen Akte, einem Auftrage beruhe. Klumpp[5] nennt den Treuhänder einen Verwalter fremden Vermögens, dessen Stellung der des Ehemannes gleiche, der Rechte, die zum eingebrachten Gute seiner Ehefrau gehören, im eigenen Namen geltend macht. Oberneck[6] bezeichnet das Rechtsverhältnis des Treuhänders zum Eigentümer und zum Gläubiger als ein der Pflegschaft analoges, und Endemann[7] schreibt dem Treuhänder eine „amtliche Repräsentationsbefugnis" zu, die seine Stellung der des Zwangsverwalters am meisten ähnlich mache, aber mit dem Unterschiede, daß der Treuhänder nicht, wie der Zwangsverwalter oder wie der Konkursverwalter, Pfleger oder Testamentsvollstrecker, unter der Aufsicht des Gerichts stehe. Gunz[8] erblickt bei dem Rechtsinstitut des Treuhänders, bei Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Pfleger und Vormund ein allen diesen Rechtsgebilden gemeinsames Begriffsmerkmal, das nach seiner Ansicht darin zu finden

---

[1] a. a. O. S. 380.
[2] S. 344.
[3] S. 1011.
[4] S. 291.
[5] S. 825.
[6] S. 427.
[7] S. 875.
[8] S. 115.

ist, daß alle diese Personen nicht beliebiger Lebensäußerungen fähig, sondern auch in ihrem eigentlichen Wirkungsgebiet an ein mehr oder weniger bestimmtes Programm gebunden sind. Er schlägt für sie deshalb den Ausdruck „Zweckpersonen" nach dem Vorgang von Brinz' Theorie des Zweckvermögens vor. Schließlich will Böckel,[1] die Annahme einer Vertretung völlig verwerfend, in dem Treuhänder des § 1189 einen Anwendungsfall der alten deutschen Treuhänderschaft finden, die sich dadurch kennzeichne, daß der Treuhänder seine Rechtsmacht kraft eigenen Rechts und in eigenem Namen, aber nicht im eigenen Interesse ausübe.

§ 5.

Die Schultzesche Treuhändertheorie.

Die in der Literatur versuchten Konstruktionen lassen sich im wesentlichen in zwei Gruppen teilen, je nachdem ihre Urheber von der Ansicht ausgingen, daß der Treuhänder des § 1189 im Namen der Gläubiger deren Rechte ausübe, oder daß er aus eigenem Rechte und im eigenen Namen handle.

Nach der ersteren Auffassung erscheint der Treuhänder als Vertreter der Gläubiger, nach der zweiten würde er eine dem alten germanischen Treuhänder und dem englischen trustee ähnliche Stellung haben.

Vor der Untersuchung der Frage, welche Auffassung den Vorzug verdient, ist auf die Begriffe „Treuhand" und „Vertretung" näher einzugehen.

Die Untersuchungen, die man in neuerer Zeit über das alte germanische Institut der Treuhänderschaft angestellt hat, haben es mit sich gebracht, daß wir in letzter Zeit dem Ausdruck „Treuhänder" häufiger in theoretischen Abhandlungen der Schriftsteller, in den Beratungen über Gesetzesmaterien, ja zuletzt auch in der Gesetzessprache selbst begegnen, ohne daß zunächst mit diesem Ausdruck die technische Bezeichnung eines festumgrenzten oder doch

[1] S. 32.

wenigstens in seinen Grundzügen feststehenden Rechtsbegriffes unseres jetzigen Rechts beabsichtigt gewesen wäre.

Der Versuch, dem Treuhänder als einem Institut auch unseres jetzigen bürgerlichen Rechts einen Platz in dessen System einzuräumen, ist jedoch von Schultze in seinem Werke „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht" gemacht worden, und andere sind seinem Beispiel gefolgt. Den Begriff des Treuhänders definiert Schultze für das alte deutsche wie für unser heutiges bürgerliches Recht übereinstimmend folgendermaßen[1]:

1. Der Treuhänder hat eigene, ihm im eigenen Namen zustehende Rechte. Den Gegensatz dazu bildet die Rechtsmacht des Vertreters, die Vertretungsmacht;
2. er hat diese Rechte nicht im eigenen Interesse;
3. er hat die fraglichen Rechte, sei es durch privates Rechtsgeschäft, sei es durch obrigkeitlichen Akt, sei es unmittelbar durch das Gesetz, empfangen mit der Bestimmung des Nichtgebrauchs im eigenen Interesse.

Zu dieser scharfen Gegenüberstellung von Treuhänderschaft und Vertretung ist Schultze offenbar veranlaßt worden durch seine Untersuchungen über das alte germanische, besonders das langobardische Institut der Treuhand.[2] Hier ist für Schultze ein Hauptargument dafür, daß beim langobardischen Treuhänder kein Fall von Stellvertretung vorliege, die Tatsache der Unzulässigkeit der Stellvertretung im langobardischen wie in den übrigen germanischen Stammesrechten. Wer einen anderen für sich auftreten lassen wollte, mußte ihm seine Rechte vollständig als Eigenrechte übertragen und ihn in eigenem Namen handeln lassen, eine andere Art des Handelns für einen anderen kannten die germanischen Rechte nicht. Dieses Argument verliert jedoch vollkommen seinen Wert gegenüber unserem heutigen Rechte, das die Stellvertretung in den verschiedensten Formen kennt, und wenn Schultze mit den Ergebnissen, die er aus dem alten deutschen Rechte gewonnen hat, auf den Plan tritt und die

[1] S. 1.

[2] Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung.

Existenz der dergestalt von ihm umgrenzten Rechtsfigur des Treuhänders nun auch in unserem heutigen Recht nachzuweisen versucht, so fragt es sich, ob ihm die Abgrenzung dieser Rechtsfigur von der Vertretung gelungen ist, und ob er seine Behauptung, Treuhänderschaft und Vertretung schlössen sich begrifflich aus, zu beweisen vermocht hat. Das ist m. E. nicht der Fall. Das folgt insbesondere daraus, daß Schultze selbst zugibt, daß es dem Vorliegen eines Mandatsverhältnisses nicht widerstreite, wenn der Beauftragte als Eigentümer des ihm zugewiesenen Objektes im eigenen Namen handle, wie es der Kommissionär des Handelsrechts tue, den er also nicht, wie man es seiner Definition nach eigentlich hätte erwarten sollen, unter die Treuhänder unseres Rechts zählt. Als solche bezeichnet er vielmehr den Sammler von Beiträgen bei öffentlichen Sammlungen, den Inkassomandatar mit Vollgiro, den Pfleger für die Leibesfrucht und für den noch nicht erzeugten Nacherben, den Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes und vor allem den Testamentsvollstrecker, und er deutet an, daß nach den von ihm gezeigten Gesichtspunkten die weitere Forschung wahrscheinlich ergeben werde, daß sich die Zahl der Treuhänder in unserem Recht sicherlich noch vermehren lasse, und daß ihnen möglicherweise auch der Konkursverwalter, der Nachlaßverwalter und der Verwalter der §§ 1052, 2128 Abs. 2 u. 2129 BGB. zuzurechnen sein werden. Den Treuhänder des § 1189 BGB. rechnet Schultze selbst nicht unter die Treuhänder im technischen Sinne, aber, wie oben erwähnt, ist in einer Dissertation von Böckel der Versuch gemacht, auch diese Rechtsfigur aus dem Gesichtspunkte des Schultzeschen Treuhänderbegriffs zu erklären. M. E. liegt das Gekünstelte der Schultzeschen Rekonstruktion des aus einer Zeit mit primitiven Rechtsbegriffen stammenden Instituts darin, daß er verschiedene Erscheinungen unseres Rechtslebens zusammenfaßt, die nur das miteinander gemein haben, daß ein treues, d. h. gewissenhaftes Handeln in fremdem Interesse, eine altruistische Tätigkeit bei ihnen notwendig ist, soll nicht ihr ganzer Zweck gefährdet sein. Das ist aber m. E. kein begriffsbestimmendes Merkmal dieser Erscheinungen, sondern es ist dies, was den alten Deutschen derart wesentlich erschien, nach unserem Recht und unseren Anschauungen selbstverständlich, und zwar

nach den Grundsätzen unseres Rechtes über Treu und Glauben im Verkehr da, wo es sich um die auf Rechtsgeschäft beruhende Tätigkeit im Interesse eines anderen handelt, und durch besondere positive gesetzliche Vorschriften, wo ein Handeln für andere kraft gesetzlicher Vorschrift oder kraft eines Amtes in Frage kommt. Der Testamentsvollstrecker, der seine Pflichten gröblich verletzt, würde vom Nachlaßgericht entlassen werden (§ 2227 BGB.) und den Erben nach § 2219 für den Schaden haften, und der untreue Konkursverwalter würde vom Konkursgericht mit Ordnungsstrafen belegt und seines Amtes enthoben werden (§ 84 KO.). Abgesehen von dieser uns für derartige Zwecke selbstverständlichen Treupflicht, sind es jedoch nur negative Merkmale, durch die Schultze den Rechtsbegriff des Treuhänders charakterisiert, nachdem er diese Merkmale durch Abstraktion aus den von ihm dem Begriff unterstellten Erscheinungen gewonnen hat.[1] Es muß deshalb m. E. der Sammelbegriff des Treuhänders als technische Bezeichnung von der Rechtswissenschaft abgelehnt werden, dagegen steht durchaus nichts im Wege, „das schöne deutsche Wort ‚Treuhänder' zur nichttechnischen Bezeichnung einer mit der Wahrnehmung fremder Interessen betrauten Person zu gebrauchen, sofern man sich nur bewußt bleibt, mit ihm nichts über die rechtliche Natur des Betrauten zu sagen".[2]

In diesem Sinne ist denn auch der Ausdruck Treuhänder in der vorliegenden Abhandlung gebraucht.

§ 6.

Der Begriff der Stellvertretung.

Schloßmanns Angriffe gegen die herrschende Lehre.

Mit der Ablehnung des technischen Begriffs „Treuhänder" ist jedoch nicht gesagt, daß wir den Treuhänder des § 1189 als eine in ihren Merkmalen völlig vereinzelt dastehende Erscheinung unseres Rechts auffassen und uns bei seiner Begriffsbestimmung

[1] Ebenso Schloßmann Bd. 2 S. 380.
[2] Schloßmann Bd. 2 S. 386.

lediglich mit Analogien behelfen müßten. Die gesetzliche Bezeichnung dieses Treuhänders als „Vertreter" weist uns vielmehr naturgemäß darauf hin, diesen Begriff zur Bestimmung seiner rechtlichen Natur zu verwerten. Es fragt sich also, ob der Begriff der Vertretung ein vom Gesetze gegebener oder von der Rechtswissenschaft in technischem Sinne anerkannter und im wesentlichen unbestrittener Begriff ist. Das erstere ist er nicht, das zweite konnte man von ihm sagen, bis Schloßmann in seinem Werke „Die Lehre von der Stellvertretung" alles das als haltlos hinzustellen versuchte, was man bisher als wesentlich für die Feststellung von Vertretungsverhältnissen gehalten hatte. Schloßmann versucht in seinen umfangreichen Untersuchungen darzutun, daß die Begriffe der Vollmacht und der Vertretungsmacht wesenlose seien, und daß die herrschende Lehre insbesondere von der unmittelbaren Stellvertretung in ihren Ergebnissen unbrauchbar sei, weil sie sich auf den in diesem Falle irreführenden Sprachgebrauch des täglichen Lebens aufbaue. Er kommt dabei zu dem Resultat, daß das, was bisher Stellvertretung genannt wurde, in zahllose rechtliche Einzelerscheinungen zerfalle, und daß es wenig wahrscheinlich sei, daß ein einheitliches Prinzip die sämtlichen in Betracht kommenden Verhältnisse umfasse. Auf seine Angriffe gegen die herrschende Lehre würde hier nicht einzugehen sein, da Schloßmann gerade den Vertreter des § 1189 unter die Vertretungsfälle seiner Konstruktionen rechnet und ihn als „oktroyierten Vertreter" bezeichnet,[1] wenn nicht versucht werden sollte, darzutun, daß, wie es die herrschende Lehre annimmt, dennoch ein gemeinsames Prinzip allen Vertretungsfällen zugrunde liegt, und daß in diesem System der Stellvertretung auch der Vertreter des § 1189 Aufnahme finden muß.

Als Vertretung hat man diejenige rechtliche Erscheinung aufzufassen, nach der jemand Geschäfte im Interesse eines anderen abschließt und sodann die zunächst in seiner Person entstandenen wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen auf den Geschäftsherrn überträgt.[2] Neben dieser, der indirekten oder mittelbaren Stell-

---

[1] Bd. 2 § 55 Nr. 3.

[2] Oertmann S. 500 Nr. 1.

vertretung, läßt die Rechtsordnung auch eine direkte oder unmittelbare zu, die darin besteht, daß die Wirkungen des Geschäfts von vornherein den dritten Interessenten, den Vertretenen, treffen. Diese vom Gesetz sonst nicht besonders behandelte zweite Art der Stellvertretung ist in einem wichtigen Falle, nämlich beim Kommissionär des Handelsgesetzbuchs, zur grundsätzlichen Regel erhoben.[1] Zum Abschluß von Geschäften für einen anderen ist nun eine Willenserklärung durch oder an den Vertreter erforderlich, deren Wesen nicht ohne weiteres zu erklären ist und die einer juristischen Konstruktion bedarf. Diese Konstruktion ist von der herrschenden Lehre in m. E. befriedigender Weise dahin gefaßt worden, daß bei Abgabe von Willenserklärungen seitens des Vertreters dieser der wahre Kontrahent ist und nur die Wirkungen des von ihm geschlossenen Geschäfts auf den Vertretenen bezogen werden (Repräsentationstheorie). Die Willenserklärung, die jemand im Namen einer anderen Person abgibt oder annimmt, zeitigt also unmittelbare Wirkungen für und gegen diese Person.[2] Wenn Schloßmann diese Theorie verwirft, „daß sie unter der Maske der Fiktion hier Rechtssätze zu schaffen unternommen habe",[3] so ist dem entgegenzuhalten, daß es sich hier um eine juristisch durchaus zulässige Fiktion handelt, welche die positiven Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinreichend verständlich macht, und daß es gleichgültig ist, ob der Gesetzgeber bei der Fassung dieser Vorschriften von der schon für das frühere Recht überwiegenden Repräsentationstheorie beeinflußt war oder nicht.

Zu der dergestalt theoretisch zu erklärenden direkten Vertretung gehört zweierlei: einmal ein Handeln als Vertreter im Namen des Vertretenen und sodann eine rechtliche Kompetenz, kraft deren man als Vertreter wirksam aufzutreten imstande ist, die „Vertretungsmacht".[4] Vertretungsmacht liegt nur dann vor, wenn jemand in der Lage ist, sich bei einem Geschäft derart aktiv oder passiv zu beteiligen, daß das Geschäft in rechtlicher Beziehung

---

[1] Dertmann S. 500 Nr. 1.
[2] Jaeger S. 76 Anm. 6.
[3] Bd. 1 S. 213.
[4] Dertmann S. 502 Nr. 3.

völlig als das Geschäft des Dritten gilt und dementsprechend wirkt.[1] Wäre Vertretungsmacht, wie Schloßmann annimmt, lediglich die Fähigkeit, durch eigenes Verhalten Rechtswirkungen in der Person des Dritten hervorzurufen, so wäre diesem Begriff allerdings, wie er es tut, die Verwertbarkeit abzusprechen; diese Definition der Vertretungsmacht ist jedoch ungenau und zu weitgehend, denn sie würde, wie Oertmann mit Recht hervorhebt,[2] zahlreiche Fälle mitumfassen, in denen in Wirklichkeit gar keine Vertretung vorliegt, so z. B. bei der Zustimmung der §§ 182 ff. BGB. Die Untersuchungen Schloßmanns führen auch m. E. deshalb zu negativen Resultaten, weil Schloßmann häufig den Boden der positiven Rechtslehre verläßt und das Gebiet der Rechtsphilosophie streift; die direkte Vertretungswirkung z. B. psychologisch zu erklären, ist in der Tat unmöglich, aber auch überflüssig, denn ob sie verneint oder zugelassen wird, ist allein eine Frage des positiven Rechts.[3]

§ 7.

Die gesetzliche Stellvertretung.

Die Vertretungsmacht kann begründet werden durch Willensakt (Vollmacht) und durch gesetzliche Bestimmung (gesetzliche Vertretungsmacht).[4] Auf Schloßmanns Negierung des Vollmachtsbegriffes braucht hier nicht eingegangen zu werden, wohl aber auf den Begriff der gesetzlichen Vertretung. Das Bürgerliche Gesetzbuch braucht den Ausdruck „gesetzliche Vertretung" als einen technischen nur da, wo es sich um eine Vertretung infolge von Geschäftsunfähigkeit oder von beschränkter Geschäftsfähigkeit handelt. Gesetzliche Vertreter sind danach der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Vormund, der Beistand im Falle des § 1693 und der Pfleger im Falle des § 1909 BGB. Es ist diese Bezeichnungsweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs jedoch durchaus kein Hindernis,

---

[1] Oertmann S. 502 Nr. 3.
[2] S. 502 Nr. 3.
[3] So Binder a. a. O. S. 368.
[4] Oertmann S. 503 Nr. 3.

den Begriff der gesetzlichen Vertretung bedeutend weiter zu fassen und ihm alle die Fälle unterzuordnen, in denen jemand auf Grund des Gesetzes eine Vertretungsmacht ausübt, einerlei ob der Vertretene neben dem Vertreter zu handeln berechtigt ist oder nicht, und gleichgültig ob die Vertretungsmacht unmittelbar kraft Gesetzes besteht (wie beim Inhaber der elterlichen Gewalt) oder erst der obrigkeitlichen Anordnung bedarf (wie beim Vormund).

Daß es nicht für das Wesen der gesetzlichen Vertretung begriffsbestimmend sein kann, daß bei ihr ein Handeln des Vertretenen ausgeschlossen ist, folgt schon aus dem Falle des § 1357 BGB. (Vertretung des Mannes durch die Frau im Rahmen der Schlüsselgewalt kraft gesetzlicher Vorschrift); hier ist selbstverständlich der Mann noch neben der Frau zu handeln berechtigt.[1] Ferner zwischen unmittelbar kraft Gesetzes bestehender und auf obrigkeitlicher Bestellung beruhender Vertretungsmacht zu scheiden, wie Biermann[2] es tut, erscheint mir überflüssig, denn die obrigkeitliche Bestellung beruht ebenfalls auf dem Gesetz im weiteren Sinne; sie würde nicht stattfinden können, wenn das Gesetz sie nicht vorsähe.

Eine Sonderstellung scheinen jedoch die Fälle einzunehmen, in denen „äußerlich betrachtet ein Vermögen oder ein einzelnes Vermögensstück, ein Rechtsobjekt, nicht ein Rechtssubjekt kraft Gesetzes vertreten wird",[3] also vor allem die Fälle des Testamentsvollstreckers, des Konkursverwalters, des Zwangsverwalters, des Nachlaßverwalters und des Ehemanns als Verwalters des eingebrachten Gutes der Frau. Aber auch hier wird man m. E. von gesetzlicher Vertretung sprechen können, wenn auch die Vertretung bei einzelnen dieser Institute nicht den einzigen Inhalt des Wirkungskreises dieser Personen bildet, vielmehr ihre Tätigkeit nach dem Gesetz auch noch auf andere Handlungen als Vertretungshandlungen gerichtet sein muß. Um beispielsweise den Konkursverwalter herauszugreifen, so wird gegen die Definition desselben durch das Reichsgericht (RG. Bd. 29 S. 29) sicherlich nichts ein-

[1] Oertmann S. 503 Nr. 3.
[2] S. 7.
[3] Biermann S. 9.

zuwenden sein, die dahin geht, daß der Konkursverwalter „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses sei, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt". Bedenklicher jedoch erscheint es, wenn das Reichsgericht fortfährt: „Hat der Konkursverwalter" — bei Ausübung seines gesetzlichen Auftrages — „auch die Interessen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger wahrzunehmen, so geschieht dies doch nicht in stellvertretender Ausübung von rechtlichen Befugnissen dieser Personen, sondern in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen". Demgegenüber fragt Biermann[1] mit Recht, welche Rechte der Verwalter denn eigentlich geltend mache, wenn nicht die des Gemeinschuldners, und welche Verpflichtungen er erfülle, wenn es nicht die des Gemeinschuldners seien. Seine vornehmste Pflicht ist doch offenbar die, die Gläubiger zu befriedigen, und das ist an sich die Pflicht des Gemeinschuldners; ebenso sind die Mittel, mit denen er die Befriedigung der Gläubiger bewirkt, die Mittel des Gemeinschuldners, denn andere hat der Verwalter nicht zur Verfügung.[2] Der Fehler der Deduktion des Reichsgerichts liegt eben m. E. darin, daß es in der gesetzlichen Bestellung des Verwalters, die ihm ein Amt schafft und ihn zwingt, in gewissen Fällen gegen den Gemeinschuldner vorzugehen, einen Grund erblickt, der die Annahme einer Stellvertretung des Gemeinschuldners ausschließt. Dieser Grund ist aber nicht stichhaltig; das Amt des Konkursverwalters schließt vielmehr die Stellvertretung des Gemeinschuldners in sich, geht aber außerdem noch über diese hinaus: Wenn der Konkursverwalter z. B. gegen den Gemeinschuldner einen Prozeß wegen dessen Ansprüche an die Masse führt, oder wenn er diesen zur Leistung des Offenbarungseides zwingt, so handelt er allerdings nicht als sein Stellvertreter, wohl aber bei seiner gesamten sonstigen Tätigkeit. Wie Jaeger mit Recht bei Gelegenheit der Besprechung des Konkursverwalters sagt, ist die Bezeichnung „öffentliches Organ" mit Vorsicht auf-

[1] S. 13.

[2] Biermann S. 13.

zunehmen,[1] und es sind vor allem mit dieser Feststellung nicht die Fragen nach der rechtlichen Natur der Tätigkeit dieses Organs erledigt.

Diese Fragen bleiben ebenso auch beim Testamentsvollstrecker offen, wenn man dessen Handeln lediglich als in „eigenem Namen" kraft eines ihm zur Erfüllung bestimmter Aufgaben gegebenen „Eigenrechts" erfolgend erklärt. Deshalb verdient auch hier die Auffassung den Vorzug, die den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben ansieht,[2] denn das „Eigenrecht" des Testamentsvollstreckers würde gleich dem „Amt" des Konkursverwalters lediglich darin bestehen, daß er die Berechtigung hat, da handelnd aufzutreten, wo er sonst — in seiner Eigenschaft als Privatperson — nicht zum Handeln legitimiert sein würde. Die rechtliche Natur des Handelns einer Person ist also mit der Feststellung, sie übe ein Amt aus, niemals hinreichend erklärt; vor allem aber schließt die Annahme, daß ein Amt bekleidet wird, nicht die Tatsache der Stellvertretung aus.

§ 8.

Die Vertreterstellung des nach § 1189 bestellten Treuhänders. Besonderheiten seiner Berufung und seiner Vertretungsmacht.

Durch die obigen Beispiele sollte gezeigt werden, daß der Tatbestand der Vertretung gewisser Personen maßgebend sein muß für die rechtliche Beurteilung einer ganzen Reihe von Instituten unseres Rechtslebens, denen er gemeinsam ist und die sonst überhaupt privatrechtlich nicht zu erklären sein würden. Hierzu gehört auch der Treuhänder des § 1189 BGB. Auch er bekleidet — wie der Konkursverwalter und der Testamentsvollstrecker — ein Amt, aber dieses Amt reicht, anders als beim Konkursverwalter, gerade so weit als seine Vertreterstellung und ist ihm allein zur Ausübung der letzteren verliehen.

---

[1] S. 82 Anm. 12.

[2] So Binder a. a. O. Bd. 3 S. 377 ff.

Die Berufung des Treuhänders zu diesem seinem Amte ist insofern einzigartig, als sie durch eine Kombination von Rechtsgeschäft und staatlichem Machtspruch erfolgt. Die Vertretungsmacht des Treuhänders wird ins Leben gerufen durch Rechtsgeschäft und Eintragung ins Grundbuch; die rechtsgeschäftliche Bestellung durch die Parteien ist unwirksam, solange nicht die vom Gesetz vorgeschriebene Eintragung ins Grundbuch hinzukommt. Hat aber die Eintragung stattgefunden, so erscheint die Bestellung des Treuhänders losgelöst von ihrer rechtsgeschäftlichen Grundlage und dem Treuhänder stehen seine Befugnisse unabhängig von dem Willen derer, die seine Bestellung veranlaßt haben, nunmehr auf Grund seines durch die Eintragung geschaffenen Amtes zu.

Diese Befugnisse des Treuhänders sollen nach dem Gesetz darin bestehen, daß er Willenserklärungen bezüglich der Hypothek mit unmittelbarer Wirkung für und gegen die Hypothekengläubiger abgibt oder entgegennimmt. Es ist also der Tatbestand des § 164 BGB., dem wir in dieser Vorschrift begegnen, nur daß der § 164 noch die Worte „im Namen der Vertretenen" braucht, die im § 1189 fehlen. Daß sie dort als selbstverständlich weggelassen sind, und daß man bei der Tätigkeit des Treuhänders nur von einem Handeln im Namen der Gläubiger und nicht von einem Handeln im eigenen Namen sprechen kann, ergibt sich m. E. aus folgendem: Von einem gesetzlichen Vertreter, der ein Amt ausübt, zu sagen, er handle „im eigenen Namen" da, wo er in Ausübung dieses seines Amtes handelt, ist m. E. ungenau und beruht auf einer Begriffsverwechslung; denn nicht der persönliche Name des Vertreters, sondern sein Amt kommt hier in Frage, er handelt vielmehr in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter, als Testamentsvollstrecker usw., und damit ist, wie oben ausgeführt, noch nicht erklärt, als was sich sein Handeln in seinen sonstigen rechtlichen Beziehungen darstellt. Ebenso liegt die Sache beim Vertreter des § 1189; sein Handeln in seiner Eigenschaft als eingetragener Treuhänder ist daher noch kein Handeln im eigenen Namen. Außerdem aber bestimmt das Gesetz im § 164 Abs. 1 Satz 2: „Es macht keinen Unterschied, ob die Handlung ausdrücklich im Namen der Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben,

daß sie in dessen Namen erfolgen soll". Jaeger[1] bildet hier das Beispiel, daß ein Konkursverwalter, der ein Darlehn als „Jakob Müller" und nicht erkennbar als Konkursverwalter aufgenommen hat, hierfür persönlich haftbar wird. Ein solcher Fall wird beim Treuhänder des § 1189 nicht vorkommen können, auch wenn dieser nur unter seinem persönlichen Namen auftritt, denn ein Umstand, der hier Mißverständnisse über ein Handeln in eigenem oder in fremdem Namen nicht aufkommen lassen kann, ist der Inhalt des Grundbuchs, aus dem sich ergibt, daß beispielsweise der über die Hypothek verfügende Herr N. N. nicht selbst Hypothekengläubiger, sondern deren Vertreter ist.

Es handelt sich bei der Tätigkeit des nach § 1189 bestellten Treuhänders also um eine Vertretung der Hypothekengläubiger im Sinne unseres bürgerlichen Rechts, und dieser Auffassung können m. E. keine Bedenken daraus entgegengehalten werden, daß dieser Vertretung verschiedene Besonderheiten innewohnen. Eine solche Besonderheit liegt zunächst in der Vorschrift des Abs. 2 des § 1189, der von einer Verpflichtung des Treuhänders gegenüber dem Eigentümer spricht. In Fällen, in denen der Eigentümer berechtigt ist, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu der auch der Treuhänder als Vertreter des Gläubigers durch den Bestellungsvertrag ermächtigt ist, soll der Eigentümer die Vornahme der Verfügung auch von dem Treuhänder verlangen können.

Daß jemand als Vertreter eines anderen in dieser Eigenschaft zugleich Verpflichtungen hat gegenüber einem Dritten, mag zwar selten sein, widerspricht aber dem Wesen der Vertretung nicht, und auch dann nicht, wenn die Interessen dieses Dritten denen des Vertretenen zuwiderlaufen. Läßt doch das Gesetz im § 181 BGB. sogar von der Regel, daß niemand im Namen des Vertretenen mit sich als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vornehmen darf, Ausnahmen zu mit den Worten „soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist".

Eine derartige gesetzliche Ausnahme würde also im Falle des § 1189 Abs. 2 vorliegen, wenn hier der Treuhänder zugleich

[1] S. 81 Anm. 10.

als Vertreter des Eigentümers aufträte. In Wahrheit aber vertritt der Treuhänder hier gar nicht den Eigentümer, sondern er handelt, wenn er die vom Eigentümer verlangte Verfügung für die Gläubiger vornimmt, allein als deren Vertreter; seine Verpflichtung gegenüber dem Eigentümer ist gerade ein Ausfluß seiner Vertreterstellung für die Gläubiger, und er wird die von ihm geforderte Verfügung nur dann treffen, wenn die Verpflichtung der Gläubiger dazu nach seiner Ansicht begründet ist.[1] Weigert er sich, ohne Grund die Verfügung vorzunehmen, so wird ihn der Eigentümer durch eine Klage dazu zwingen können.

Eine weitere Eigentümlichkeit der Vertretung der Gläubiger nach § 1189 BGB. liegt darin, daß dieselbe im Falle der Inhaberhypothek von dem Eigentümer allein veranlaßt wird, wenn sie zugleich mit der Bestellung der Hypothek vor Ausgabe der Schuldverschreibungen ins Leben gerufen wird.[2] Böckel[3] glaubt, daß durch diesen Umstand die Annahme einer Vertretung ausgeschlossen werde: „Es wäre denn der Fall gegeben, daß jemand bei einem Verhältnis, bei dem er selbst als Partei stark interessiert ist, der Gegenpartei einen Vertreter bestellt". Dieser Umstand ist aber m. E. durchaus nicht befremdlich. Der Eigentümer bestellt der Gegenpartei den Vertreter nicht, um ihr zu nützen, sondern in seinem eigenen Interesse, damit für ihn jederzeit eine Person vorhanden ist, an die er sich halten kann und welche für ihn die ihm meist unbekannte und unerreichbare Gegenpartei repräsentiert. Ähnliche Fälle finden sich überdies mehrfach in der Zivilprozeßordnung und im Bürgerlichen Gesetzbuch. So kann beispielsweise derjenige, der eine nichtprozeßfähige Partei, die ohne gesetzlichen Vertreter ist, verklagen will, die Bestellung eines Vertreters für dieselbe durch das Prozeßgericht veranlassen (§ 751 ZPO.). Ebenso kann der Gläubiger eines verstorbenen Schuldners bei einer Zwangsvollstreckungshandlung in den Nachlaß, zu der die Zuziehung des Schuldners nach dem Gesetz nötig ist, die Bestellung eines Vertreters für den unbekannten Erben bei dem Vollstreckungsgericht beantragen (§ 779 ZPO.). Schließlich kann

[1] Kretzschmar S. 600.
[2] vgl. S. 26.
[3] S. 31.

nach § 1961 BGB. jemand, der einen Anspruch gegen einen vom Erben noch nicht angenommenen Nachlaß gerichtlich geltend machen will, die Bestellung eines Nachlaßpflegers bei dem Nachlaßgericht erwirken. Ähnlich kann auch die Bestellung eines Vertreters von dem Gegner veranlaßt werden, wenn im Falle der §§ 58, 787 ZPO. durch Klage oder Zwangsvollstreckung ein Recht an einem Grundstück geltend gemacht werden soll, welches von dem bisherigen Eigentümer nach § 928 BGB. aufgegeben und von einem Aneignungsberechtigten noch nicht erworben ist.

Alles dies sind vom Gesetz geregelte Fälle, in denen man im eigenen Interesse für die Bestellung eines Vertreters der Gegenpartei sorgt. Der Umstand, daß die Bestellung des Treuhänders vom Eigentümer allein erwirkt werden kann, spricht also nicht gegen die Annahme einer Vertretung der Gläubiger durch den Treuhänder.

Ebensowenig widerstreitet es m. E., wie Riezler[1] glaubt, dem Wesen der Vertretung, daß die Bestellung des Vertreters erfolgen kann, bevor diejenigen Personen in die Erscheinung getreten sind, die er vertritt, ein Umstand, dem wir zumal in gleicher Weise im Falle der obenerwähnten §§ 57, 58, 787 ZPO. begegnen. Bei der Vorschrift des § 1189 BGB. erklärt sich diese Tatsache schon daraus, daß die Inhaberhypothek nicht für eine bestimmte Person, sondern in Höhe einer bestimmten Summe für jeden bestellt wird, der sich durch Innehabung einer Teilschuldverschreibung als Gläubiger ausweist.

Die besonders geartete, jedoch in das System der herrschenden Stellvertretungslehre sich einfügende Vertretungsmacht des nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters soll diesen in den Stand setzen, nicht nur zum Vorteile der von ihm vertretenen Hypothekengläubiger zu handeln, sondern auch gleichzeitig den Zwecken des Eigentümers dienstbar zu sein. Die Wahrnehmung des Interesses dieser beiden Parteien ist in seine Hand gegeben. Er ist deshalb mit Recht, wie es schon die Protokolle getan haben, als Treuhänder zu bezeichnen, und zwar in dem oben (§ 5) gebrauchten Sinne, daß

[1] a. a. O. S. 382.

[2] a. a. O. S. 382.

unter Treuhänder allgemein derjenige verstanden wird, dem die Geltendmachung fürsorgebedürftiger Interessen einer oder mehrerer Personen oder Gruppen von Personen anvertraut ist. Der Treuhänder des § 1189 BGB. ist also, um es nochmals zusammenzufassen, Vertreter des jeweiligen Hypothekengläubigers kraft Gesetzes, dessen Bestellung im Interesse sowohl des Gläubigers wie des Eigentümers erfolgt und die einen Teil der Hypothekenbestellung und somit des Inhalts des Hypothekenrechts bildet.[3]

Zweiter Teil.

Die Bestellung des Treuhänders.

§ 9.

Voraussetzungen der Bestellung.

Von der Bestellung eines Treuhänders gemäß § 1189 BGB. kann nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn es sich um eine Sicherungshypothek handelt, die bestellt wird für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann.

Eine Hypothek für die Forderung aus einer im Inlande ausgestellten Schuldverschreibung auf den Inhaber aber kann nur dann bestellt werden, wenn die Schuldverschreibung mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht ist, denn anderenfalls ist sie nichtig (§ 795 Abs. 3 BGB.). Eine weitere Voraussetzung der Hypothekenbestellung ist, daß in der Schuldverschreibung die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, da nach § 1113 BGB. eine Hypothek nur für eine Geldforderung bestellt werden kann. Für die Ausstellung indossabler Papiere besteht das Erfordernis der staatlichen Genehmigung nicht, doch kann aus dem obigen Grunde auch eine Orderhypothek nur mit solchen

[3] Planck S. 708 Nr. 2; Oberneck S. 425—432e.

Papieren verbunden werden, die eine Geldleistung zum Gegenstand haben. Deshalb kommen die in Abs. 3 des § 363 HGB. angeführten Konnossemente der Seeschiffe, Lagerscheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen für die Hypothekenbestellung kaum in Betracht, da diese Papiere sich in der Regel auf die Leistung anderer Gegenstände als Geld beziehen.[1]

Auch bei der Schiffspfandbestellung ist die Bestellung eines Treuhänders gemäß § 1189 BGB. möglich (§ 1270 BGB.).

§ 10.

Arten der Bestellung.

Die Vorschrift, daß zur Bestellung des Treuhänders die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, ist die einzige, die das Gesetz hinsichtlich der Form seiner Bestellung gibt. Aus dieser Vorschrift ist aber zu entnehmen, daß die Bestellung des Treuhänders zum Inhalte der zu bestellenden Hypothek gehört und deshalb den Vorschriften über die Bestellung der Sicherungshypothek unterliegt.

Was diese letztere Bestellung betrifft, so ist zu unterscheiden, ob es sich um die Hypothek aus einer Schuldverschreibung an den Inhaber oder um eine solche aus einem indossablen Papier handelt. Bezüglich der ersteren bestimmt § 1188 BGB., daß hierbei die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung ins Grundbuch genüge. Diese Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß zur Eintragung Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger gefordert wird, ergibt sich daraus, daß hier häufig bei der Bestellung noch kein persönlicher Gläubiger vorhanden ist, da die Hypothek für die späteren jeweiligen Inhaber der noch nicht in Umlauf gesetzten Teilschuldverschreibungen bestellt wird.[2]

---

[1] Klumpp S. 828.

[2] Klumpp S. 822.

Derselben Bestimmung muß also auch die Bestellung des Treuhänders unterstehen, sie erfolgt mithin im Falle der Inhaberhypothek durch Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er den Kaufmann N. N. zum Treuhänder bestelle, und durch die Eintragung dieser Erklärung.

Für die Bestellung der Hypothek für Forderungen aus indossablen Papieren ist dagegen eine Ausnahmebestimmung wie die in § 1188 BGB. nicht gegeben, und es ist daher nach der allgemeinen Regel des § 873 BGB. Einigung des Eigentümers und des Gläubigers, also des ersten Inhabers des indossablen Papiers, dazu erforderlich. In gleicher Weise ist deshalb auch zur Bestellung des Treuhänders bei der Orderhypothek und der Hypothek für die Forderung aus einem Wechsel die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger sowie die Eintragungsbewilligung des Eigentümers notwendig.

Dies gilt für den Fall, daß die Bestellung des Treuhänders zugleich mit der Bestellung der Hypothek erfolgt; denn daraus, daß die Bestellung des Treuhänders einen Teil des Inhalts der Hypothekenbestellung bildet, folgt, daß die nachträgliche Bestellung eines solchen nach geschehener Eintragung der Hypothek eine Änderung des Inhalts derselben darstellt. Zu dieser nachträglichen Bestellung des Treuhänders aber ist nach den allgemeinen Regeln sowohl bei der Inhaber- wie bei der Orderhypothek die Bewilligung des Eigentümers und des derzeitigen Hypothekengläubigers erforderlich.[1] Die zur Einigung erforderliche Erklärung müßte also, wenn die Forderung in Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber oder an Order zerlegt ist, von sämtlichen Teilgläubigern erklärt werden.[2] Da diese Erklärung aber schwer zu beschaffen sein wird, so macht Planck mit Recht darauf aufmerksam, daß die Bestellung eines Treuhänders nur dann ihren Zweck erfüllt, wenn bei Begründung der Hypothek zugleich die Art der Bestellung eines neuen Treuhänders für den Fall des Wegfalls des ersten in der Art festgelegt wird, daß es einer Mitwirkung der Gläubiger zur Zeit, wo dieser Fall eintritt, nicht mehr bedarf, und daß

[1] Planck S. 907 Nr. 5.
[2] Planck S. 709 Nr. 5.

diese Vereinbarung zugleich mit der Bestellung des ersten Treuhänders ins Grundbuch eingetragen wird.

Ohne diese Eintragung wird die Bestellung eines neuen Treuhänders praktisch überhaupt nur möglich sein, wenn die Voraussetzungen des § 1 des Reichsgesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899 vorliegen, d. h. wenn es sich um im Inlande ausgegebene Schuldverschreibungen handelt, deren Stückzahl mindestens 300, und deren Nennwerte zusammen mindestens 300 000 Mk. betragen, und wenn für diese Papiere eine Hypothek eingetragen ist.

In diesem Falle kann durch Bewilligung des Eigentümers und des nach dem genannten Reichsgesetz bestellten Gläubigervertreters ein neuer Treuhänder gemäß § 1189 BGB. auch ohne die Bewilligung sämtlicher Gläubiger bestellt werden, falls der auf Grund des Reichsgesetzes bestellte Vertreter ordnungsmäßig durch Beschluß der Gläubigerversammlung zur Bewilligungserklärung ermächtigt worden ist.[1] Unter denselben Voraussetzungen kann auch durch Bewilligung des Eigentümers und des auf Grund des Reichsgesetzes bestellten Vertreters der letztere zum Treuhänder nach § 1189 BGB. bestellt werden, so daß diese beiden Ämter dann in einer Person vereinigt sind.

Über die Frage, wer als Treuhänder bestellt werden kann, sind im Gesetze Sonderbestimmungen, wie sie die §§ 1780, 1905, 2201 BGB. für Vormund, Pfleger und Testamentsvollstrecker treffen, nicht gegeben. Es kann daher jeder bestellt werden, der nach § 165 BGB. als Vertreter wirksame Rechtshandlungen vornehmen kann, also auch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte, z. B. wegen Verschwendung oder Trunksucht entmündigte Person.[2] Die Bestellung solcher Personen wird in der Praxis freilich kaum vorkommen; sie auszuschließen hatte das Gesetz aber keinen Grund mit Rücksicht darauf, daß es die Bestellung des Treuhänders überhaupt dem Belieben der Parteien anheimgegeben und den Treuhänder auch nicht irgendeiner Aufsicht des Gerichts unterstellt hat. So wie die Parteien die Nachteile der Unterlassung

---

[1] Planck S. 709 Nr. 5.

[2] Turnau-Förster S. 1009.

der Treuhänderbestellung zu tragen haben, würden sie sich auch die nachteiligen Folgen der Bestellung eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Treuhänders zuzuschreiben haben.

Ebenso wie eine einzelne Person, kann nach § 1189 BGB. auch eine Mehrheit von Personen oder eine juristische Person als Treuhänder bestellt werden. Werden mehrere physische Personen als Treuhänder bestellt, so muß, da das Bürgerliche Gesetzbuch eine Auslegungsregel für die Wirksamkeit der Handlungen mehrerer Vertreter nicht gibt,[1] der Eintragungsvermerk ergeben, ob diese Treuhänder nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt sein sollen, oder ob der Mehrheit von ihnen, oder ob jedem einzelnen von ihnen diese Befugnis zustehen soll.

Die in der Praxis am häufigsten vorkommende Art der Bestellung wird die sein, daß eine juristische Person, z. B. eine Bankfirma, die Aktiengesellschaft ist, zum Treuhänder bestellt wird. Die Bestellung eines Ersatztreuhänders für den Fall des Konkurses oder der Auflösung der Gesellschaft aus einem anderen Grunde empfiehlt sich auch hier. Den ersten Gläubiger der Wertpapierhypothek, also z. B. das die Anleihe vermittelnde Bankhaus, als Treuhänder zu bestellen, wie es vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches häufig geschah, steht auch nach der Vorschrift des § 1189 BGB. nichts im Wege.[2] Wie eine Entscheidung des Kammergerichts[3] ausführt, „ist es in diesem Falle klar, daß der Treuhänder dann nur als Vertreter der späteren Inhaber der Schuldverschreibungen tätig sein soll, und daß seine Vertretungsbefugnisse ruhen, wenn und soweit der erste Gläubiger (also er selbst) Inhaber der Schuldverschreibungen ist".

§ 11.

Formalien der Eintragung.

Da die Bestellung des Treuhänders einen Teil der Bestellung der Hypothek bildet, wird ihre Eintragung gleich dieser in Preußen

[1] Planck Bd. 1 S. 297.

[2] Planck S. 708 Nr. 4; Kretzschmar S. 599, 2; Oberneck S. 426.

[3] KG. Ferien-Zivilsenat Beschl. v. 9. 8. 1905 in Mugdan-Falkmann, Rechtspr. d. OLG. S. 294.

in der 4. Spalte in der III. Abteilung des Grundbuches stattzufinden haben; die erfolgte Eintragung ist nach § 44 Abs. 1 GBO. auf den Inhaber- oder Orderpapieren zu vermerken. Außer dem Namen des Treuhänders ist dabei der Umfang seiner Verfügungsmacht einzutragen, da diese gesetzlich nicht begrenzt ist; in letzterer Hinsicht wird jedoch nach Analogie des § 874 BGB. auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden können.[1] In der Eintragungsbewilligung wird außer der genauen Begrenzung der Verfügungsmacht des Treuhänders die Vergütung für seine Dienste und die Art des Ersatzes seiner Auslagen festzusetzen und die Bestellung eines Ersatztreuhänders vorzusehen sein.

§ 12.

Übernahme der Treuhänderschaft.

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme der Treuhänderschaft besteht nicht. Der Bestellungserklärung des Eigentümers und Gläubigers muß also eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Treuhänders zur Übernahme seines Amtes zugrunde liegen. Fehlt diese, so wird trotz Einigung und Eintragung keine Vertretung geschaffen.[2] Das Grundbuch, in welchem die Bestellung des Treuhänders verzeichnet steht, ist alsdann unrichtig. Zur Berichtigung würde nach § 894 BGB. der Gläubiger die Zustimmung des Eigentümers verlangen können, da dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

Ebenso wird aber auch der Eigentümer den Antrag auf Berichtigung stellen können.[3] Da dieser aber bei einer für Teilschuldverschreibungen bestellten Hypothek die Zustimmung sämtlicher Teilgläubiger kaum wird erlangen können, so ist dieser Weg für ihn praktisch meist nicht gangbar. Er muß daher nach § 22 GBO. die Berichtigung auch ohne Einwilligung der Gläubiger

---

[1] So Planck S. 709 Nr. 5; Achilles-Strecker S. 245; and. M. Fuchs S. 613 Nr. 26.

[2] Planck S. 709 Nr. 5.

[3] Planck S. 709 Nr. 5.

dadurch erreichen können, daß er die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweist. Zu diesem Zwecke wird der Nachweis der Weigerung des Treuhänders nicht genügen, sondern er wird beweisen müssen, daß ein die Vertretungsmacht begründendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem als Treuhänder Eingetragenen nicht besteht.[1] Dem Treuhänder selbst den Berichtigungsanspruch zu geben, wie Oberneck[2] vorschlägt, ist m. E. nicht angängig, denn es ist nicht das Recht des Treuhänders, das unrichtig eingetragen ist, da dieser selbst kein Recht an der Hypothek hat, seine Bestellung vielmehr einen Teil des Hypothekenrechts bildet.

Die Tätigkeit des Treuhänders.

§ 13.

Beginn derselben.

Erst mit der Eintragung ins Grundbuch wird nach § 1189 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Bestellung des Treuhänders wirksam. Daraus ergibt sich, daß von der Eintragung an dem Treuhänder seine Befugnisse zustehen und seine Verpflichtungen beginnen sollen. Die von Hachenburg[3] und Staudinger-Kober[4] vertretene Ansicht, daß der Treuhänder auch schon die Eintragung der Hypothek zu überwachen habe und für deren Richtigkeit einstehen müsse, findet deshalb keinen Anhalt im Gesetze. Vor seiner Eintragung mag der Treuhänder den Beteiligten zu dieser Tätigkeit auf Grund besonderer Abmachungen vertraglich verpflichtet sein, aber diese Verpflichtungen haben dann nichts zu tun mit denjenigen, die aus seiner erst mit der Eintragung begründeten Treuhänderstellung erwachsen.

---

[1] Planck S. 709 Nr. 5.
[2] S. 433e.
[3] Hachenburg, Beitr. S. 159.
[4] Staudinger-Kober S. 791 Nr. IV, 2a.

§ 14.

Die Befugnisse des Treuhänders bei Verfügungen über die Hypothek.

Die Befugnisse des Treuhänders sollen nach dem Gesetz darin bestehen, daß derselbe „bestimmte Verfügungen über die Hypothek mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek vertreten" kann.

Es wird also zwischen Verfügungen über die Hypothek und der Geltendmachung derselben unterschieden. Was die ersteren betrifft, so soll der Treuhänder durch das Gesetz nicht zur Vornahme aller Verfügungen über die Hypothek als unbeschränkt ermächtigt gelten, die nach Lage der Sache möglich sind. Den Umfang der Verfügungsbefugnis im Einzelfalle festzusetzen, ist vielmehr dem Besteller überlassen. Es ergibt sich dies aus dem Wortlaut des Gesetzes, denn der Ausdruck „bestimmte Verfügungen", zu deren Vornahme der Treuhänder befugt sein soll, kann m. E. nur bedeuten, daß der Kreis der Verfügungen von demjenigen, der den Treuhänder bestellt, vorher, und zwar genau zu bestimmen und zu umgrenzen ist. Durch den Bestellungsvertrag, nicht durch das Gesetz, sollen Art und Umfang der Verfügungsmacht des Treuhänders festgelegt werden. Den von Boehm[1]) erhobenen Vorwurf der Ungenauigkeit im Ausdruck verdient deshalb der Gesetzgeber m. E. nicht.

Die Bestimmung des Umfanges der Verfügungsmacht des Treuhänders kann dadurch erfolgen, daß die Verfügungen, zu deren Vornahme er befugt sein soll, einzeln aufgeführt werden; ebenso können aber auch negativ diejenigen Verfügungen, die er nicht vornehmen soll, herausgegriffen werden, jedoch nur so, daß der Kreis oder die Kategorie der ihm darnach überlassenen Verfügungen genügend bestimmt erscheint. Ebenso steht nach dem Gesetze nichts im Wege, den Treuhänder ausnahmslos zu allen

[1] S. 291.

nötig werdenden Verfügungen zu ermächtigen.[1] Der dergestalt kenntlich gemachte Umfang der Verfügungsmacht des Treuhänders ist sodann durch Eintragung ins Grundbuch oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung grundbuchmäßig festzustellen.

Die einzelnen Verfügungsakte des Treuhänders über die Hypothek können verschiedener Natur sein; hauptsächlich aber werden sie sich auf die Veränderung und die Aufhebung der hypothekarischen Haftung des Grundstücks beziehen, denn gerade der Vereinfachung dieser Rechtsgeschäfte soll ja die Bestellung des Treuhänders dienen.[2] Es können also insbesondere in Betracht kommen: Löschungsbewilligungen, Entlassungen von Trennstücken aus der Mithaft, Inhalts- und Rangänderungen, Empfangnahme von Willenserklärungen des Eigentümers, z. B. Kündigungen, sowie Verzicht auf die Hypothek. Ob auch die Kündigung seitens des Treuhänders zu den Verfügungen zu rechnen ist, oder ob sie nicht vielmehr unter den Begriff der Geltendmachung der Hypothek fällt, kann zweifelhaft sein, doch wird das letztere zutreffen.[3] Die praktische Bedeutung der Differenz liegt darin, daß ersterenfalls, wenn man die Kündigung unter den Begriff der Verfügungen rechnet und in ihr nicht zugleich eine Art der Geltendmachung der Hypothek erblickt, die Kündigungsbefugnis des Treuhänders im Grundbuche festgestellt werden muß.[4] Dies erübrigt sich jedoch, wenn man die Kündigung als Geltendmachung der Hypothek ansieht, da hierzu der Treuhänder, wie später auszuführen sein wird,[5] allgemein durch das Gesetz ermächtigt ist.

Soll der Treuhänder auch zur Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt sein, so müssen ihm die in Betracht kommenden Wertpapiere von den Gläubigern übergeben werden, denn bei allen hier in Frage kommenden Arten von Papieren ist der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunden zur Leistung verpflichtet (§ 797 BGB.; § 364 Abs. 3 HGB.; Art. 39 WO.).[6]

---

[1] Planck S. 710.
[2] Staudinger-Kober S. 790.
[3] vgl. Biermann S. 414 Nr. 36; and. M. Planck S. 711 b.
[4] Biermann S. 414.
[5] s. unten S. 35.
[6] Staudinger S. 790.

Der § 44 Abs. 1 GBO. erfordert zur Vornahme grundbuchmäßiger Verfügungen über die Wertpapierhypothek zwar grundsätzlich die Vorlage des Inhaberpapiers oder des indossierten Orderpapiers; von dieser Regel ist jedoch in Abs. 2 des genannten Paragraphen für den Fall eine Ausnahme gemacht, daß die Eintragung auf Grund der Bewilligung des nach § 1189 bestellten Treuhänders oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung bewirkt werden soll. Der Grund für diese Ausnahme ist der, daß der Treuhänder regelmäßig nicht im Besitze der fraglichen Papiere sein wird, seine Verfügungsmacht also sonst nicht würde ausüben können.

Einer der Hauptzwecke der grundbuchmäßigen Feststellung der Befugnisse des Treuhänders wird weiter sein, eine mit den Verfügungen des Treuhänders konkurrierende Tätigkeit der Gläubiger auszuschließen, die nach dem Gesetze möglich ist, weil die Gläubiger durch den bloßen Besitz des Inhaber- oder Orderpapiers dem Grundbuchamte gegenüber legitimiert sind.[1] Kommen trotzdem Kollisionen zwischen den Verfügungen des Treuhänders und denen eines Gläubigers vor, so wird sich der Grundbuchrichter damit begnügen, einen die Kollision der Verfügungen andeutenden Vermerk im Grundbuche zu machen, die Beseitigung derselben aber wird im Wege der Grundbuchberichtigung oder des Prozesses erfolgen müssen.[2]

Eine nachträgliche Änderung, also eine Erweiterung oder Beschränkung der Verfügungsmacht des Treuhänders würde als Änderung des Inhalts der Hypothek nur dann möglich sein, wenn sämtliche Teilgläubiger ihre Einigung mit dem Eigentümer hierüber erklären; sie wird also in der Praxis so gut wie unausführbar sein, wenn nicht die Voraussetzungen des Reichsgesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen vorliegen.[3] In diesem Falle würde die Einigung des Eigentümers und des nach Maßgabe dieses Gesetzes bestellten und zu der

---

[1] vgl. Oberneck S. 426, 430; and. M. Hachenburg, Beitr. S. 163; Biermann S. 414 Nr. 2.

[2] vgl. Oberneck S. 430.

[3] vgl. S. 28.

Einigungserklärung ordnungsmäßig ermächtigten Vertreters genügen.

Sind die Befugnisse des Treuhänders bei seiner Bestellung überhaupt nicht grundbuchmäßig festgelegt worden oder ergeben sich Zweifel über den Umfang derselben, so wird mit Fuchs[1] davon auszugehen sein, „daß dessen Verfügungsmacht so weit und nur so weit geht, als es das nach pflichtgemäßem Ermessen des Treuhänders berechtigte Interesse der Gläubiger erfordert".

§ 13.

Die Geltendmachung der Hypothek durch den Treuhänder.

Der Verfügungsmacht des Treuhänders stellt das Gesetz die Befugnis desselben gegenüber, den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Unter Geltendmachung der Hypothek wird jede Verfolgung des dinglichen Rechts — nicht auch der Forderung — gegenüber dem Eigentümer zu verstehen sein, und zwar auf gerichtlichem wie außergerichtlichem Wege.[2] Der Treuhänder soll die Hypothek in demselben Umfange geltend machen können, in welchem der Gläubiger hierzu berechtigt ist. Durch den Bestellungsvertrag kann freilich die Befugnis zur Geltendmachung der Hypothek eingeschränkt, d. h. auf bestimmte Fälle beschränkt werden; diese Beschränkung bedarf dann aber der Eintragung ins Grundbuch.

Erfolgt eine solche Eintragung nicht, so muß der Treuhänder als berechtigt gelten — was zunächst die außergerichtliche Geltendmachung betrifft —, die Hypothek zu kündigen,[3] das Mahnverfahren und das Zwangsvollstreckungsverfahren aus gerichtlichen Entscheidungen und aus vollstreckbaren Urkunden zu betreiben, im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren die Hypothek anzumelden und die Rechte der Gläubiger zu wahren

[1] S. 614 Nr. 28a.
[2] Oberneck S. 431.
[3] vgl. S. 33.

und außergerichtliche Vergleiche abzuschließen. Er ist deshalb im Zwangsvollstreckungs-, Verteilungs- und Aufgebotsverfahren von allen Verfügungen in Kenntnis zu setzen und ist als Vertreter der Beteiligten kraft Gesetzes selbst wie ein Beteiligter im Sinne des § 55 GBO. und des § 93 ZVG. zu behandeln.[1]

Ebenso hat der Treuhänder die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung der Hypothek, d. h. die Befugnis, Prozesse zu führen, durch welche die Wahrung oder Durchsetzung der hypothekarischen Sicherheit gegenüber dem Eigentümer erstrebt wird, also insbesondere die Klagen aus §§ 1133 ff. BGB. zu betreiben.[2] Seine Passivlegitimation gegenüber Klagen des Eigentümers ist jedoch ein Ausfluß seiner Verfügungsmacht über die Hypothek; sie ist daher nur dann gegeben, wenn mit der Klage eine Verfügung von ihm verlangt wird, zu der er nach den bei seiner Bestellung getroffenen, aus dem Grundbuche ersichtlichen Bestimmungen ermächtigt ist (§ 1189 Abs. 1).[3]

§ 14.

Die Rechtsstellung des Treuhänders im Prozesse.

Die Entscheidung der Frage, welche Rechtsstellung dem Treuhänder des § 1189 im Prozesse zukommt, ist davon abhängig, welche Rechtsnatur man demselben überhaupt zuschreibt.

Nach der Ansicht, nach welcher der Vertreter des § 1189 gleich dem altdeutschen Treuhänder in gewissen Fällen und gleich dem englischen trustee über die Gläubigerrechte als Eigenrechte verfügt, würde derselbe als Partei auftreten und im Falle seines Unterliegens in die Prozeßkosten zu verurteilen sein. Wer ihm diese Kosten zu ersetzen hätte, falls der ins Grundbuch eingetragene Bestellungsvertrag diesen Fall nicht vorsieht, bliebe dann zweifelhaft. Wäre, wie Böckel[4] vorschlägt, der verklagte Eigentümer hierzu verpflichtet, weil die Kosten der Rechtsverfolgung als Kosten

[1] Oberneck S. 431.
[2] Turnau-Förster S. 1010.
[3] Fuchs S. 616.
[4] S. 34.

der Hypothek anzusehen seien und er für diese aufkommen müßte, so würde sich das Resultat ergeben, daß dem Eigentümer die Kosten eines von dem Treuhänder gegen ihn geführten Rechtsstreites in jedem Falle zur Last fallen müßten, einerlei ob er obsiegen oder unterliegen würde.

Auch nach der Meinung Hachenburgs,[1] der dem Treuhänder zwar nicht die Rechte der Gläubiger selbst, aber die „Macht über dieselben" zuschreibt, würde dieser im Prozesse Partei sein und im Falle seines Unterliegens die Prozeßkosten persönlich tragen müssen. Ein Ersatzanspruch gegenüber den Gläubigern soll nach Hachenburg ihm nur dann zustehen, wenn der Prozeß in ihrem Interesse geboten war.[2] Daß dies der Fall gewesen sei, würde der Treuhänder also zu beweisen haben. Auch diese Ansicht führt deshalb zu unbefriedigenden Ergebnissen hinsichtlich der Stellung des Treuhänders im Prozesse.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Treuhänder Vertreter der jeweiligen Gläubiger kraft Gesetzes. Er hat dieselbe Stellung wie der Pfleger eines Geschäftsfähigen, und es wird daher der § 53 ZPO. analog auf ihn anzuwenden sein, so daß den Gläubigern für den vom Treuhänder geführten Rechtsstreit die Prozeßfähigkeit entzogen wird.[3]

Das Rubrum einer vom Treuhänder erhobenen Klage würde daher etwa lauten: Klage des Bankiers N. N. als des nach § 1189 BGB. bestellten Vertreters für die Gläubiger der im Grundbuche von X Bd. 1 Bl. 20 in Abt. III unter Nr. 1 eingetragenen Inhaberhypothek.[4]

Der Treuhänder ist also nicht selbst Partei, er hat aber die Stellung einer solchen in allen den Fällen, in welchen nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung der gesetzliche Vertreter der Partei gleichsteht; es werden also die Zustellungen an ihn bewirkt (§ 171 ZPO.), er hat die Editionseide zu leisten und die Parteieide zuzuschieben, zurückzuschieben und zu schwören [5] (§§ 473,

[1] Beitr. S. 168.
[2] Beitr. S. 172.
[3] vgl. Oberneck S. 431.
[4] vgl. Oberneck S. 432.
[5] Oberneck S. 432.

476 ZPO.). Partei sind die jeweiligen Gläubiger; sie können daher in dem vom Treuhänder geführten Rechtsstreite nicht als Zeugen vernommen werden und sind im Falle des Unterliegens ihres Vertreters in die Prozeßkosten zu verurteilen.[1]

§ 15.

Die Beendigung der Treuhänderschaft.

Da die Vertretungsmacht des Treuhänders einen Teil des Inhalts der Hypothek bildet, folgt sie deren Schicksal und muß zugleich mit dem Untergang der Sicherungshypothek ihr Ende finden. Sie erlischt deshalb auch bei der nach § 1186 BGB. zulässigen Umwandlung der Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, da die Treuhänderbestellung nach § 1189 BGB. nur mit einer Sicherungshypothek der in § 1187 BGB. bezeichneten Art verbunden werden kann. Aber auch während des Bestehens der Sicherungshypothek kann die Vertretungsmacht des Treuhänders ihr Ende erreichen, und zwar durch den Tod, durch eintretende Geschäftsunfähigkeit des Treuhänders sowie durch rechtsgeschäftliche Aufhebung des Treuhänderverhältnisses.[2]

Für die letztere gilt dasselbe wie für die Änderung seiner Vertretungsmacht. Die Abberufung des Treuhänders stellt eine Änderung des Inhalts der Hypothek dar und bedarf daher wie diese der Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger und der Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Bis zur Eintragung seiner Abberufung bleibt der Treuhänder in formeller Hinsicht zur Vertretung der Gläubiger legitimiert und die von ihm vorgenommenen Verfügungen sind wirksam.[3]

Erleichtert ist die Abberufung des Treuhänders, wenn die Voraussetzungen der Anwendung des Reichsgesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen vorliegen. Es kann dann nach § 16 Abs. 3 dieses Gesetzes das Ge-

---

[1] Planck S. 711 Nr. 7b.
[2] Planck S. 710 Nr. 6.
[3] Turnau-Förster S. 1011.

richt auf den Antrag von Gläubigern, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrages der im Umlauf befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, durch eine der sofortigen Beschwerde unterliegende Verfügung den gemäß § 1189 BGB. bestellten Vertreter abberufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als solcher wird nach Analogie der §§ 117, 127 HGB. insbesondere grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zu ordnungsmäßiger Vertretung der Gläubiger anzusehen sein. Ob der angegebene Grund wichtig genug ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden.[1] Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat oder zuletzt gehabt hat (§ 4 des Gesetzes v. 4. 12. 1899). Auf Grund einer Ausfertigung dieser Verfügung hat das Grundbuchamt auf Antrag des Eigentümers, eines Gläubigers oder des Treuhänders die Abberufung einzutragen.[2]

Findet die Vertretungsmacht des Treuhänders durch seinen Tod oder durch den Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit ihr Ende, so ist die Eintragung ins Grundbuch nicht Voraussetzung des Erlöschens der Vertretungsmacht. Erfolgt die Eintragung, so dient sie dazu, die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, an dem die Eintragung des Treuhänders teilnimmt, auszuschließen und hat den Charakter einer Grundbuchberichtigung.[3]

§ 16.

Die Haftung des Treuhänders.

Der Treuhänder ist zur gewissenhaften Ausführung der von ihm übernommenen Vertretung verpflichtet und den Beteiligten Rechenschaft über seine Tätigkeit schuldig.[4] Umfang und Art seiner Verpflichtung sind dabei aus dem seiner Bestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Be-

---

[1] Könige S. 74 Anm. 7.
[2] Könige S. 74 Anm. 7.
[3] Staudinger S. 791 Nr. II.
[4] Staudinger S. 791 Nr. II.

steller zu entnehmen, und es wird sich hiernach auch seine etwaige Verpflichtung zum Schadensersatze bestimmen. Eventuell wird er stets den Gläubigern aus § 823 Abs. 1 BGB. haftbar sein. Handelt er absichtlich zum Nachteile der Gläubiger, so ist er nach § 266 Abs. 2 StGB. wegen Untreue zu bestrafen. Er ist allerdings mehr als ein „Bevollmächtigter" der Gläubiger in zivilrechtlichem Sinne, er muß jedoch im Sinne des § 266 Abs. 2 StGB. als solcher gelten, denn „es genügt, daß die vermögensrechtliche Vertretungsbefugnis nur die mittelbare, aus dem Gesetz fließende Folge eines anderen, weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Rechtsverhältnisses ist".[4]

[4] Olshausen S. 1066 Nr. 6.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.